

ASSEMBLEE GENERALE DES 9 ET 10 JUILLET 2010

COMMISSION DES REGLES ET USAGES

L'INCOMPATIBILITE DE LA PROFESSION D'AVOCAT AVEC LES ACTES DE COMMERCE ET LES PROFESSIONS OU FONCTIONS COMMERCIALES SENS ET PORTEES CONTEMPORAINES D'UNE TELLE PROHIBITION ?

RAPPORT D'ETAPE

PLAN DU RAPPORT

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION..... | 2 |
| A- LE SENS DE L'HISTOIRE..... | 4 |
| B - LA DIMENSION ECONOMIQUE ET SOCIALE DE L'EXERCICE PROFESSIONNEL DES AVOCATS..... | 5 |
| C - LA PORTEE ACTUELLE DES INTERDICTIONS..... | 7 |
| 1) LES INCOMPATIBILITES ACTUELLES | 7 |
| Les textes..... | 7 |
| Les activités désignées compatibles avec la profession : | 7 |
| Les fonctions ou assimilées | 7 |
| Les missions | 8 |
| 2) L'OUVERTURE A CERTAINES PROFESSIONS : QUELLES LIMITES AU CUMUL ? | 9 |
| 3) LA PORTEE ACTUELLE DES INTERDICTIONS QUANT AUX ACTIVITES, QUELLES REALITES ?..... | 12 |
| a- les actes de commerce par nature : | 12 |
| b- L'acte de commerce par accessoire : | 14 |
| D - LES IMPLICATIONS DEONTOLOGIQUES ET LES ORIENTATIONS PROPOSEES PAR LA COMMISSION DES REGLES ET USAGES..... | 16 |
| E - PROPOSITIONS RESULTANT DE CE RAPPORT..... | 18 |
| A) L'INTEGRATION DANS LE RIN D'UN ARTICLE NOUVEAU REDIGE COMME SUIVANT : | 18 |
| B) LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 115 DU DECRET DU 27 NOVEMBRE 1991 QUI SERAIT AINSI REDIGE : | 18 |
| ANNEXE UNIQUE – PROJET DE RESOLUTION SUR LES INCOMPATIBILITES D'EXERCICE ... | 19 |



Introduction

Parce que l'exercice de la profession d'avocat est incompatible (sauf exceptions textuelles) avec l'exercice de toute autre profession, nous sommes exclus aujourd'hui du champ des activités à caractère commercial.

En effet, l'article 111 du décret du 27 novembre 1991 énonce que : « *La profession d'avocat est incompatible :a) Avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ;b) Avec les fonctions d'associé dans une société en nom collectif, d'associé commandité dans les sociétés en commandite simple et par actions, de gérant dans une société à responsabilité limitée, de président du conseil d'administration, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celles-ci n'aient, sous le contrôle du conseil de l'ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires, pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels* ».

Au même titre que les médecins, interdiction nous ainsi est faite de pratiquer notre Art comme un commerce.

De telles règles puisent leurs origines dans le caractère libéral de notre statut lui-même fondé sur un principe véritablement identitaire, celui de l'indépendance.

Une telle prohibition conserve-t-elle sens aujourd'hui, face aux évolutions peut-être nécessaires de la Profession dans l'économie de Marché ?

L'extension des champs d'activité de l'avocat semble effectivement parfois se heurter aux limites imposées par la loi.

S'agit-il encore d'une restriction légitime et cohérente ? Rend-t-on un service complet au client, notre mandataire pourtant, sans pouvoir accomplir certains actes pour son compte dans le cadre d'un accomplissement global de notre mission ?

Au contraire, peut-on penser que ce principe justifie toute sa pertinence comme un rempart essentiel propre à lutter contre la dilution de la profession d'avocat au sein des activités de prestations juridiques où se meuvent nombre d'acteurs indifférenciés, dépourvus de notre forte identité et d'ailleurs indifférents à la portée de nos fonctions ?

Sa suppression ne sonnerait-elle pas logiquement la fin du monopole et sans doute de la Déontologie telle que nous la connaissons ?

Le Conseil National des Barreaux, dont le devoir est de réfléchir à l'avenir de la profession d'avocat, a donc souhaité aborder cette problématique sans prédétermination ni postulat, invité en cela à s'inscrire dans les perspectives des rapports ATTALI et DARROIS qui cependant n'ont pas tranché ni même d'ailleurs abordé ce point spécifique dans un débat qui nous appartient.



Ce que le Professeur JAMIN a résumé au cours d'une Assemblée générale comme « **le passage de la logique de profession à la logique de marché** » doit-il nous amener à réfléchir autrement sur nos activités dans (ou malgré) le lien très particulier qui est le notre avec l'intérêt général et la défense des droits individuels ?

Afin de permettre une approche suffisamment distanciée propre à se déprendre de préoccupations corporatistes, certes légitimes mais parcellaires, la Commission « des règles et usages » aborde ce questionnement de manière voulue, globale et transversale :

- Il convenait d'interroger l'histoire afin de savoir si elle rejoint toujours notre problématique contemporaine pour se demander si les raisons de la prohibition d'hier garantissent ou nuisent au contraire aujourd'hui à la place d'une profession forte, parce que compétitive.
- Il convenait encore d'écouter ce que nous disent sociologues et économistes quant aux conséquences réelles et peut être irréversibles d'une dérégulation de la profession.
- Il fallait dès lors s'interroger sur la portée réelle des incompatibilités et l'intérêt réel ou supposé de leurs disparitions.
- Il fallait enfin examiner les implications d'une levée des prohibitions sur nos règles déontologiques, « aménagement ou disparition » ?



A- LE SENS DE L'HISTOIRE

Les incompatibilités se sont instaurées essentiellement à partir du 18^{ème} siècle.

Les activités commerciales furent effectivement désignées comme dérogeant à l'honneur de la Profession, au même titre que certains emplois considérés comme « subalternes » selon les critères de l'époque impliquant en quelque sorte la notion de dépendance.

Les principes de détachement de l'intérêt personnel au profit de l'intérêt général, de supériorité de valeurs défendues par les avocats sur celles dépendant du monde marchand, traversent à l'évidence toujours la culture professionnelle.

L'interdiction des exercices professionnels liés au commerce ou à l'industrie puisait sa source dans le concept de noblesse « de robes », dans la mesure où le prestige et les valeurs de la fonction de Défense autorisaient les avocats à revendiquer une noblesse personnelle décorée d'autres appartenances familiales ou héréditaires.

Cette noblesse, non de titre mais de valeur intrinsèque imposait dès lors respect de l'indépendance, loyauté à l'égard du Roi et suprématie intellectuelle.

Dès cette époque, on énonce une distinction qui sans être péjorative est toujours actuelle celle que **l'avocat exerce une Profession et non un métier.**

Au même titre, l'Etat interdisait à ses officiers de judicature toute fonction susceptible de mettre en cause leur indépendance et dans ce cadre, les fonctions commerciales.

Pour les uns et les autres, était avancée une notion aujourd'hui disparue, le risque encouru par le commerce - s'endetter et faire faillite – qui aurait constitué une objection infamante.

L'Etat règlemente la profession et définit précisément la liste des incompatibilités parmi lesquelles le négoce et l'activité d'agent d'affaires.

Au nom du même socle intangible, l'interdiction de la sollicitation de clientèle, la prohibition de recherche de publicité personnelle et l'exclusion des managements de fonds s'instaurent dans un décret du 14 décembre 1810 fondée sur les notions de probité, délicatesse et désintéressement.

Il convient ici de lever une ambiguïté qui conduit très souvent à confondre la notion de désintéressement avec celle de rémunération de son travail. C'est au nom de cette confusion que le désintéressement serait aux yeux de certains un concept « obsolète ».

En réalité, le désintéressement ne s'entend pas comme le refus de rétribution, mais comme la nécessité de ne pas se situer « dans l'intérêt égoïste exacerbé qui anime le mouvement des affaires » (P. Michaud).

Ces principes intemporels maintiennent en quelque sorte la transcendance de nos principes.



C'est ce que Lucien KARPIK affirme comme la « primauté des mobiles » dans la conception moderne mais permanente de nos valeurs : la construction d'un espace fondée sur leur rôle, propre à constituer l'égalité entre les membres du barreau et la discipline interne de nature à garantir le maintien de l'indépendance des avocats.

L'on voit donc que les incompatibilités d'exercice et les réserves d'activités, fondées sur une restriction d'activités licites à titre exclusivement accessoire, constituent la **contrepartie des responsabilités confiées par le corps social à la Profession.**

En cela, l'histoire rejoint la modernité des questions économiques et sociales soulevées par l'activité d'avocat.

B - LA DIMENSION ECONOMIQUE ET SOCIALE DE L'EXERCICE PROFESSIONNEL DES AVOCATS

La Commission a procédé à l'audition de Monsieur Christian BESSY, Chargé de recherches au CNRS et ayant collaboré au rapport du Groupe ECONOMIX intitulé « Les Avocats entre Ordre Professionnel et Ordre Marchand ».

Les conclusions du rapport ECONOMIX rejoignent sans ambiguïté celles du Conseil de la concurrence dans l'analyse précise de nos prestations par rapport à d'autres professions parmi lesquelles les experts-comptables.

Il faut comprendre que fonction sociale et fonction économique dans le système libéral actuel ne peuvent être dissociées dans la réflexion.

La société accorde statut et légitimité aux professionnels libéraux réglementés au nom d'impératifs supérieurs, au-delà même des notions d'honneur et de désintéressement.

Le rapport LONGUET et le projet NOVELLI l'énoncent dans une définition de la profession libérale « *une prestation principalement intellectuelle effectuée de manière indépendante et dans le respect des principes éthiques* ».

Dans la notion de prestation intellectuelle effectuée de manière indépendante, émerge celle « d'asymétrie des informations » bien connue de la Science économique.

En effet, le professionnel détient seul un savoir dont dépendront les droits des clients, ce qui engendre une forme de dépendance de l'un à l'autre et commande une éthique particulière chez les professionnels.

Le détachement de l'avocat est nécessaire, c'est-à-dire la distanciation en tant que professionnel non seulement à l'égard de l'argent, au sens du profit commercial, mais aussi à l'égard de l'accumulation d'un savoir et d'un intérêt intellectuel qui pourrait prédominer au détriment du client, parce qu'il deviendrait objet d'étude et non plus sujet de droit.

Parce que le service juridique de conseil et de défense ne constitue pas un service ordinaire, **l'avocat obéit au principe du désintéressement.**



Au nom de l'intérêt général, le droit constitue un bien public profitable à tous et justifie la protection du statut des professions réglementées jugé non discriminatoire aux yeux des instances européennes à la fois pour le Conseil et la Défense.

S'il existe des activités différentes au sein de l'avocature, le maintien de l'unité de la profession demeure essentiel.

La notion de bien public se retrouve effectivement de la même manière dans l'activité de contentieux et l'activité de conseil. L'activité de conseil est à la source d'interprétation des règles, celles les plus favorables aux intérêts de son client. La phase du contentieux amène l'avocat à devoir convaincre le juge du bien fondé de la règle dont il sollicite l'application.

L'intérêt individuel « remonte » en quelque sorte vers l'intérêt général, ce qui permet de légitimer la protection de l'activité des avocats dépassant les seuls intérêts particuliers au service du collectif :

Conseiller et défendre mobilisent les mêmes valeurs et font évoluer la jurisprudence pour le bien commun.

Ces deux activités complémentaires pour améliorer la qualité de la pratique du Droit et son innovation ne supporteraient pas un traitement distinct avec la levée pour une partie des professionnels de la prohibition et le maintien pour l'autre.

Aux termes de sa présentation, Christian BESSY (de l'équipe du Professeur FAVEREAU) indiquait que selon lui, il convenait de préserver ces équilibres professionnels et qu'à défaut, la levée des incompatibilités commerciales nuirait de fait à la préservation des activités juridiques et judiciaires dans leurs véritables spécificités.

Cela serait au surplus, dit-il, de nature à compromettre la solidarité au sein de la profession qui constitue encore une communauté épistémique.

En effet, plus la profession d'avocat aura été « floue » dans ses contours, indifférenciée par rapport aux autres acteurs de prestation juridique, dont ceux aspirant à la commercialité, plus la notion de communauté disparaîtra et avec elle la notion de bien public.

La CJCE rappelle combien dans les activités de conseil et de défense des garanties doivent être apportées aux clients, tel que le secret professionnel.

Dès que le client recevra des prestations d'autres natures à titre principal, la protection déontologique disparaîtra et, avec elle, la spécificité du statut professionnel.

Il importe donc de ne pas déconstruire cette démarche intellectuelle et pour cela préserver les fondamentaux inaliénables de la profession au plan déontologique.

Cela constituerait-il néanmoins un obstacle à notre développement ? Examinons pour ce faire la portée actuelle de nos règles.



C - LA PORTEE ACTUELLE DES INTERDICTIONS

1) LES INCOMPATIBILITES ACTUELLES

Les textes

Les incompatibilités sont édictées par les dispositions des articles 111 à 123 du décret du 27 novembre 1991.

D'une manière générale, la profession d'avocat s'avère incompatible avec l'exercice de toute autre profession, sauf exceptions textuelles ainsi qu'interdiction de l'exercice des mandats sociaux :

1- L'avocat se voit exclu du champ des activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée.

2- L'avocat ne peut être (associé) dans :

- une société en nom collectif,
- les sociétés en commandite simple et par actions
- ou gérant dans une SARL
- ou Président du Conseil d'administration, membre du Directoire
- ou directeur général d'une société anonyme
- ou gérant d'une société civile, à moins que celle-ci n'ait, sous le contrôle du Conseil de l'Ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires, pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels.

Les activités désignées compatibles avec la profession :

Il existe, tout d'abord, un certain nombre d'exceptions au principe, parmi lesquelles on peut évoquer les plus connues qu'il s'agisse de fonctions, de missions ou d'activités, (outre, bien entendu, les missions d'élus).

Les fonctions ou assimilées

- Enseignants,
- Collaborateurs des députés ou d'assistants parlementaires,
- Administrateurs judiciaires, et commissaires aux comptes,
- Syndics professionnels de copropriétés,
- Sapeur pompier volontaire
- Médiateur, arbitre, conciliateur, séquestre
- Membre du conseil de surveillance d'une société commerciale s'il est justifié de 7 années d'exercice dans une profession juridique réglementée (art. 6-2 L. 31 déc. 1971).
- Exécuteur testamentaire
- Administrateur judiciaire



Deux observations s'imposent néanmoins :

1- Nous comprenons que lorsque l'avocat exerce l'une de ces fonctions, il ne peut être l'avocat des intérêts qu'il gère. Il cumule en fait deux activités professionnelles compatibles.

2- Certains de ces métiers compatibles, à l'instar d'administrateur judiciaire, obéissent néanmoins à des régimes de contrôles autonomes.

⇒ Rappelons, par exemple, que le code Monétaire et Financier dans son article L.561.3 pour lequel une réforme est actuellement en discussion (cf. art. 10 du projet de loi de modernisation des professions juridiques et judiciaires réglementées) soumet les administrateurs à des obligations spécifiques (telle obligation d'alerte au Procureur de la République).

Les missions

- Missions temporaires confiées par l'Etat à condition de n'exercer aucun acte de la profession pendant cette période.
- Experts, personnes qualifiées, arbitres, séquestres, conciliateur.
- Assesseurs au TPE et conseiller prud'hommes.
- Liquidateurs amiables d'une société commerciale, à condition de ne pas être avocat et liquidateur de la même société commerciale (art. L. 811-10 du code du commerce).

S'agissant de l'exercice des mandats sociaux et de certaines professions, une discussion s'est ouverte au sein de la Commission des Règles et Usages quant à une évolution des articles 111 et 115 du décret du 27 novembre 1991.

Pour certains d'entre nous, il ne serait plus fondé de maintenir l'incompatibilité avec l'exercice de ces mandats lorsque l'exercice de l'activité concernée est civil.

Ainsi, l'activité de l'Expert comptable reste civile malgré l'exercice de la forme de SA pour sa profession.

Sur ce plan, cependant, rien n'interdit non plus à l'avocat d'exercer lui même dans le cadre d'une société commerciale professionnelle.

Ce qui en en jeu (dans le sens Enjeu) et en discussion repose en réalité sur l'ouverture aux avocats des possibilités de créer et diriger des sociétés commerciales pour certaines activités annexes (activités de formation, par exemple) ou accéder à des professions à objet directement lucratif.

Citons Pierre Berger à cet instant : « *Je reste interrogatif en ce qui concerne les incompatibilités avec toute autre profession ou fonction énumérée à l'article 115. L'incompatibilité avec l'exercice de toute autre profession doit-elle être maintenue en*



tant que principe ou dans la mesure et dans la seule mesure de la nécessaire sauvegarde des conditions d'exercice de la profession d'Avocat ? ».

La réflexion est ouverte sous l'égide néanmoins des principes fondamentaux de la profession :

- ⇒ **Il ne peut s'agir de permettre le déplacement vers des professions commerciales et vers mandats sociaux qui le sont par nature sauf à engendrer la déqualification de nos activités au sens juridique et éthique.**

Afin d'éclairer le débat, il convenait donc de comprendre l'impact effectif des incompatibilités sur nos champs d'activité :

2) L'OUVERTURE A CERTAINES PROFESSIONS : QUELLES LIMITES AU CUMUL ?

Par touches, ou plus exactement par secteurs, émerge la notion de **double exercice professionnel** au fur et à mesure des discussions relatives aux champs d'activité.

Les conséquences de ces réflexions s'avèrent néanmoins totalement différentes selon que l'on aborde l'exercice de la profession d'avocat avec d'autres professions juridiques réglementées, des professions libérales ou des activités purement commerciales.

Ce n'est que pour mémoire, car tel n'est pas l'objet du rapport, que nous évoquerons les CPI, les agents sportifs, ou certaines autres catégories de manière non exhaustive.

Nous savons que le législateur envisage désormais par un amendement législatif en cours d'examen dans le cadre du rapprochement Avocats/CPI, le cumul de ces activités, ce qui représente une ouverture pour ne pas dire une « brèche » dans le principe d'incompatibilité qui nous gouverne.

Au-delà, il ne s'agirait plus d'autoriser les avocats à exercer sous leur statut des activités voisines, mais de concevoir la **multiprofessionnalité de professions réglementées** de typologie néanmoins diamétralement différentes.

L'évocation de certains exemples révèle la complexité des activités cumulées ou « enchevêtrées » quant aux questions de statut et de déontologie.

Ainsi, l'activité d'avocat, si elle devient compatible avec la fonction d'agent sportif ou de lobbyiste, s'éclaire d'un jour nécessairement nouveau à l'aune de nos principes.

L'agent sportif obéit aux règles des fédérations, organes de contrôle et de discipline, en dépend pour la délivrance de la licence et doit transmettre le nom de ses clients et ses contrats à celles-ci.



Il est courtier et non mandataire, au contraire de l'avocat qui aux termes du projet de loi de modernisation des professions restera un mandataire commandé et protégé comme le client par ses principes déontologiques.

On notera cependant que ce texte porte atteinte au principe de libre fixation des honoraires dans le cadre d'une logique institutionnelle propre à l'univers concerné.

Autre chose encore est la **multiprofessionnalité licite dans certains pays** de la Communauté européenne.

A cet égard, la décision de la **Cour constitutionnelle fédérale allemande en date du 4 novembre 1992** s'avère intéressante :

Ainsi que le garantit la Constitution « tous les allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi ».

Pour les avocats, la loi du 30 juillet 2009 dispose que lorsque le demandeur à une inscription au tableau des avocats mène de front une activité qui n'est pas compatible avec la profession et notamment avec sa situation d'auxiliaire de justice indépendant ou tout ce qui peut compromettre la confiance en son indépendance, l'Ordre peut refuser son admission.

Sept demandeurs avaient sollicité leur inscription en arguant de la compatibilité avec la profession d'avocat :

Ils étaient vacataire à l'Université en qualité d'enseignant et de surveillant, cadre administratif à l'Université, membre du directoire d'une société coopérative de forme allemande, salarié dans une centrale de prévention de la concurrence déloyale, dirigeant d'une société dans le domaine du bâtiment, directeur juridique d'une société par actions, conseiller juridique d'une entreprise familiale de traitement de l'acier.

La Cour constitutionnelle a avalisé les décisions ordinales refusant l'accès de ces demandeurs à la profession d'avocat ou décidant de leur exclusion sur les motifs suivants :

« Ne violent pas l'article 12 Abs de la loi fondamentale allemande les dispositions du Brao suivantes lesquelles l'inscription d'un avocat au tableau sera refusée retirée ou l'avocat sera radié lorsque une deuxième profession du demandeur est incompatible avec la profession d'avocat ou avec le prestige du barreau auquel il veut appartenir »

N'encourt pas la critique constitutionnelle une décision de justice, pour autant qu'elle l'envisage qui énonce que la deuxième profession laisse une marge de manœuvre suffisante pour l'exercice de la profession d'avocat .La même chose vaut pour une décision de justice relative à des activités dans le secteur public pour autant qu'à travers cela l'indépendance nécessaire n'apparaît pas gênante aux yeux du public.



A l'inverse, la totale liberté du choix de sa profession se limitera pour autant que la décision de justice n'y voit pas déjà une cause d'incompatibilité en dispensant la deuxième profession d'une « position hiérarchiquement élevée ».

Des professions commerciales ou au bénéfice de l'économie peuvent alors justifier l'exclusion de la profession d'avocat seulement lorsque s'esquisse nettement le risque de conflit d'intérêt ou lorsque le demandeur à l'inscription au tableau ne bénéficie pas de suffisamment de temps pour sa profession d'avocat. »

On voit donc bien les critères de la Cour constitutionnelle sont en fait en tous points semblables avec notre législation, alors que nos dispositions réglementaires pourraient sembler plus restrictives parce qu'énumératives :

La compétence par le temps nécessaire consacrée à l'exercice de la profession d'avocat ;

La dignité exprimée ici sous le terme « Prestige » ;

L'indépendance ;

Les risques de conflit d'intérêts;

La confiance du public en la probité et l'indépendance .

Dans la conception déclinée par le décret du 27 novembre 1991, le statut de l'avocat consacre des principes identiques (et au-delà même de la sphère d'activité en ce qu'il concerne également les actes de la vie privée qui exigent probité et délicatesse).

Séquencer nos activités en cumulant des professions paraîtrait engendrer de complexes conséquences si nous nous éloignons de nos principes.

Aux yeux de la Commission des Règles et Usages, il n'apparaît pas concevable qu'une activité distincte puisse engendrer une influence directe ou indirecte sur l'exercice de l'avocat, au même titre que le code de déontologie médicale prescrit qu'un médecin ne peut exercer une autre activité qu'à la condition « *qu'un tel cumul est compatible avec l'indépendance et la dignité professionnelle et n'est pas susceptible de lui permettre de tirer profit de ses prescriptions ou de ses conseils médicaux* » (art. R4127-26 du code de la santé publique).

A cette condition, certaines professions et activités non visées par l'article 115 du D. 27 novembre 1991 à l'instar du mandataire à la protection aux majeurs sont parfaitement compatibles, mais elles ne sont en aucun cas commerciales.



3) LA PORTEE ACTUELLE DES INTERDICTIONS QUANT AUX ACTIVITES, QUELLES REALITES ?

Une fois énoncé le principe de la prohibition faite aux avocats d'accomplir des actes de commerce, encore faut-il en saisir la véritable portée.

Dans le cadre des relations contractuelles, en l'absence d'actes strictement qualifiés actes de commerce, la naissance d'une obligation entre personnes privées demeure une obligation de nature civile en vertu de la théorie de l'accessoire consacrée par la jurisprudence.

Sera considéré comme acte de commerce, un acte civil par nature accompli par un commerçant, en tant qu'accessoire de son activité principale.

A l'inverse, un acte de commerce, isolé ou non, effectué par un non commerçant à l'occasion de sa profession civile, demeurera acte civil par accessoire.

⇒ Les actes que nous accomplissons demeurent ainsi à l'aune de ces définitions, des actes civils.

Ainsi que l'a parfaitement démontré le Président de la Commission « Règles et Usages », Pierre BERGER, le champ des « possibles » devient en réalité beaucoup moins restreint qu'il n'y paraît.

Mais il faut se garder de simplification et examiner les limites qui s'imposent à nous véritablement par l'approche juridique des définitions des actes de commerce :

a- les actes de commerce par nature :

Ils paraissent bien difficiles à appréhender, tant il est établi que l'article L. 110-1 du code de commerce qui les décline ne s'avère pas limitatif.

Aucun acte, à l'exception de la lettre de change, n'est en lui-même un acte de commerce.

Rappelons néanmoins que l'article L.110 du Code de commerce vise essentiellement pour ce qui peut nous concerner dans la réflexion sur les champs d'activité :

- Le négoce (l'achat pour revendre de façon habituelle, de biens meubles et immeubles),
- Le courtage (faire profession de rapprocher les parties, pour finalisation des contrats sans intervention dans la construction du contrat lui-même),
- Les actes de marchands de biens (achat de biens immeubles aux fins de les revendre),
- Les opérations de change, de banque et courtage et les lettres de changes entre toutes personnes,
- Les entreprises d'industrie, à l'exclusion des prestations intellectuelles.



Nous le savons, et nous y tenons : bien que vivant de notre profession dans le cadre d'une relation contractuelle avec nos clients à qui l'on fournit une prestation en contrepartie d'un honoraire, **nous n'exerçons pas une profession commerciale.**

- L'avocat, à l'instar du médecin ou de l'artiste, est considéré comme un **producteur de biens particuliers (la Connaissance)** qu'il n'a pas préalablement achetés (critère de la commercialité).
- L'avocat cède son savoir là où le peintre vend son Art. Les prestations sont de même nature.

Cette distinction est essentielle tant elle s'imbrique dans la logique du rapport particulier et protégé comme tel entre l'avocat et **le client, qui ne peut être réduit à l'état de consommateur, ni l'avocat à l'état de prestataire ordinaire.**

Ni bien entendu le Droit à l'état de marchandise.

Dans cette même veine, l'agriculteur accomplit des activités qui sont définies comme civiles, même dans un rapport marchand, parce que celui-ci est assujéti au rythme et aux aléas de la nature, qui exclut qu'il n'ait recours qu'aux méthodes du commerçant ou de l'industriel (Loi 30 décembre 1988).

- Les avocats ne sont donc pas des prestataires de services dont la vocation serait de procurer aux individus des valeurs d'usage.

Nos qualités et missions excluent ainsi nos activités de la définition des actes de commerce par la portée même de nos missions, ainsi que nous le verrons dans l'analyse du rapport ECONOMIX.



b- L'acte de commerce par accessoire :

Nous connaissons cette notion qui délimite l'acte de commerce par accessoire, sous la double condition que l'acte soit passé par un commerçant et conclu à l'occasion de son activité commerciale.

La notion de commerçant n'impose certes aucune notion d'inscription au registre du commerce puisque l'article 121-1 du code de commerce les définit comme ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle (C. cass. 05.12.2006 sur le diagnostiqueur immobilier considéré comme commerçant).

Sont commerçants « les individus qui pratiquent ou exercent notoirement des actes de commerce et en font leur principale profession ».

Cela signifie, comme nous l'avons souligné, que l'acte de commerce s'il est l'accessoire d'une profession civile, sera qualifié de civil par accessoire tant que leur importance et leur répétition ne sont pas susceptibles d'entraîner la disqualification de cette profession civile en profession commerciale.

Cela répond-t-il à notre questionnement ?

Au fur et à mesure de l'accroissement du champ des activités économiques, se substitue à la notion d'acte de commerce, la notion d'activité commerciale.

Cependant être un acteur de la vie économique, rôle indubitablement tenu par les avocats, quels que soient leurs domaines d'exercice, ne signifie pas être commerçant et ne nous interdit pas l'accès à nombre de domaines.

Les professions libérales exercent des activités civiles, parce qu'elles rendent des services de caractère purement intellectuel (05.12.2006, Jurisdata 2006-03 63 43).

Dès lors que les activités de l'avocat ne constituent que **l'accessoire de leur activité principale**, nul obstacle ne peut aujourd'hui être légalement opposé aux professionnels dans leurs agissements pour le compte et dans l'intérêt de leurs clients, **dans la limite mais aussi dans la prolongation du mandat civil.**

En cela nous bénéficions de la même logique que celle parfaitement arrêtée au profit des notaires, la jurisprudence ayant affirmé qu'en pratiquant une activité de négociation immobilière accessoire à la mission d'officier public, dans des conditions matérielles conformes à la réglementation en vigueur, le notaire ne pouvait être reconnu comme accomplissant des actes de commerce et de concurrence déloyale envers les professionnels de l'immobilier.

Un argumentaire strictement identique, comme l'a développé Pierre BERGER, se déploie dans de nombreux domaines, au-delà de la transaction immobilière pour laquelle le Conseil National a déjà répondu.



Ainsi, s'il ne peut être concevable qu'un avocat devienne, à part entière, un prestataire de services d'investissements (c'est-à-dire chargé à titre habituel de la négociation des valeurs immobilières), rien ne semble justifier juridiquement qu'il lui soit interdit en ce domaine d'agir pour son client dans la prolongation de son mandat civil.

De même, et nous l'avons vu, si toutes les opérations directes de banque et courtage sont réputées commerciales, le conseil en gestion du patrimoine demeure une activité civile s'il existe en tant qu'accessoire de la prestation juridique.

Des activités d'intermédiation patrimoniale deviendraient cependant commerciales si elles recouvraient un caractère spéculatif et répétitif au point d'être exclusives.

Ces critères de répétition et spéculation se retrouvent dans nombre de décisions de justice, et marquent a priori une frontière aisée à ne pas franchir sauf à vouloir changer de métier.

La profession n'a alors pas besoin de la levée des incompatibilités commerciales pour affirmer sa présence dans le secteur économique, à la condition bien entendu que le professionnel ne perçoive de rémunération que de son client, et n'en tire pas l'essentiel de ses revenus par référence à l'accessoire (Cass., ch. req., 22.01.1936 – Cass. com., 12.11.1947).

Citons des exemples s'il en était besoin. Sont commerçants :

- Le dentiste dont l'activité principale devient la commercialisation de pâte dentifrice (CA Paris 24.10.1908) ;
- Le commissaire priseur qui se livre régulièrement à des achats pour revendre (Cass. com. 01.04.1957) ;
- L'architecte qui vend exclusivement des matériaux (Cass. 20.03.1980) ;
- Le notaire qui se livre habituellement à des opérations bancaires avec les fonds de ses clients (Cass. com. 02.02.1970).

Au fur et à mesure des débats, se sont dégagées des évidences qui font consensus au sein la Commission des Règles et Usages, mais qu'il est précieux de rappeler :

Le commerçant travaille pour vendre, tel est son objectif et sa légitime raison d'être.

Il n'est tenu à d'autres restrictions que le respect du contrat et de la concurrence déloyale, parce qu'il agit dans un but lucratif indépendamment de tout impératif d'intérêt général ou de défense du consommateur.

Le mandataire civil n'agit que pour le compte d'une personne et ne peut en aucun cas y substituer un intérêt personnel.

L'avocat est lui bien davantage.

Son but exclusif est de faire prédominer l'intérêt de son client, sans lien avec un objectif de « surconsommation juridique ».



D - LES IMPLICATIONS DEONTOLOGIQUES ET LES ORIENTATIONS PROPOSEES PAR LA COMMISSION DES REGLES ET USAGES

La profession d'avocat obéit à des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité.

Aux termes de l'article 6.1 du règlement intérieur national (RIN) relatif aux champs d'activités, l'avocat « *auxiliaire de justice et acteur essentiel de la pratique universelle du droit, (...) a vocation à intervenir à titre professionnel dans tous les domaines de la vie civile, économique et sociale et dans le respect des principes essentiels régissant la profession* ».

« *Il fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles* » (RIN, art. 6.2).

S'y ajoute l'article 16-7 concernant les réseaux et autres conventions pluridisciplinaires :

« *Un avocat, membre d'un réseau ne peut rentrer en contravention avec les dispositions de l'article 111-1 du décret* ».

La déclinaison de ces règles a naturellement pour objectif de rappeler que dans le cadre de la vie économique, et quelque soit son champ d'activité licite, **l'avocat doit respecter les principes d'indépendance, de conflit d'intérêt, de secret professionnel et de désintéressement.**

⇒ *L'intérêt du Public reste primordial comme le repère fondateur.*

Dès lors, tout accès à des activités ou professions qui remettraient en cause le respect par l'avocat de ses principes essentiels demeure inconcevable.

Les membres de la Commission des Règles et Usages estiment qu'il ne s'impose pas désormais pour cela d'établir ou maintenir dans l'article 115 du décret une liste « énumérative » de professions compatibles ou incompatibles.

Tout d'abord parce que la notion même de profession risquerait d'apparaître trop « floue » et ensuite parce qu'aucune liste ne pourra être exhaustive (il faut éviter d'autoriser tout ce qui ne sera pas interdit ou inversement).

Dès lors, il convient de s'en tenir à des principes clairs :

- 1- Pas d'accès aux professions commerciales ou comportant, à titre principal, des activités commerciales
- 2 Pas de profession de nature à porter atteinte à l'indépendance de l'avocat.



Ne pourra donc être envisagée que **l'exercice d'une autre profession libérale** et indépendante sous réserve de cloisonner les deux activités dans la transparence.

L'exercice d'une autre profession salariée ne serait également acceptée que dès lors que le lien de subordination y afférent ne déborderait pas de fait sur l'activité d'avocat.

La encore, **le contrôle Ordinal** prends tout son sens ainsi que son **information préalable impérative**.

Mais encore faut-il absolument distinguer la profession compatible de l'activité de l'avocat en tant que telle.

⇒ Toute activité de nature juridique accomplie à titre principal ou accessoire dans le cadre d'un **mandat donné par un client** doit pouvoir entrer dans cette dernière catégorie.

Dans ces hypothèses, la qualité d'avocat elle-même justifie cette activité, voire y prédispose particulièrement.

La loi et le Conseil National ont déjà avalisé de telles notions avec par exemple le Correspondant Informatique et Liberté (CIL), certes dépourvu de commercialité ...

Ce devrait être aussi le cas pour la rédaction de contrats de joueurs selon le projet de loi "modernisation" qui ne fera pas a priori de l'avocat un "agent sportif" professionnel à part entière sauf à changer de « catégorie ».

⇒ Une profession compatible sera par contre une profession pour laquelle la **qualité d'avocat est indifférente** mais qui **ne portera pas atteinte à pas cette qualité** au regard de son indépendance, de sa dignité, etc.



E - PROPOSITIONS RESULTANT DE CE RAPPORT

A) L'intégration dans le RIN d'un article nouveau rédigé comme suivant :

« L'avocat ne peut exercer aucune autre profession, fonction ou activité de nature à porter atteinte à son indépendance, aux principes essentiels ou au secret professionnel, ou qui l'empêcheraient d'exercer réellement sa profession d'avocat. L'avocat qui entend exercer parallèlement une autre profession ou une fonction étrangère au barreau en informe le conseil de l'Ordre ».

B) La modification de l'article 115 du décret du 27 novembre 1991 qui serait ainsi rédigé :

« La profession d'avocat est incompatible avec toutes fonctions, professions ou activités qui remettraient en cause l'indépendance de l'avocat et le respect des principes essentiels de sa profession tels qu'énumérés à l'article 3 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles déontologiques ou l'empêcherait d'exercer réellement sa profession ».

* *
*

Catherine GLON

Membre de la Commission des Règles et usages



Annexe unique – Projet de résolution sur le thème des incompatibilités d'exercice

PROJET DE RESOLUTION SUR LE THEME DES INCOMPATIBILITES D'EXERCICE

*Soumis au vote de l'Assemblée générale
des 9 et 10 juillet 2010*

Le Conseil National des Barreaux, réuni à Grenoble en Assemblée générale les 9 et 10 juillet 2010, connaissance prise du rapport d'étape de Catherine GLON, membre de la Commission des Règles et Usages et intitulé « *L'incompatibilité de la profession d'avocat avec les actes de commerce et les professions commerciales, sens et portées contemporaines d'une telle prohibition* », en appelle à une révision du régime actuel des incompatibilités d'exercice dans le respect des principes essentiels et des règles déontologiques de la profession d'avocat.

Dans le prolongement du débat sur l'extension des champs d'activités de l'avocat, le Conseil National des Barreaux a engagé une réflexion sur le sens et la portée du régime actuel des incompatibilités d'exercice contenu aux articles 111 et suivants du décret du 27 novembre 1991.

Au cours de ses travaux, la Commission des Règles et Usages du Conseil National avait en effet constaté que cette extension pouvait se heurter, pour certaines activités (par exemple, l'activité de mandataire en transactions immobilières ou celle d'agent sportif) au régime des incompatibilités d'exercice, en particulier à la prohibition des activités commerciales.

Cette réflexion intervient également dans le prolongement du rapport DARROIS qui préconise une réforme des incompatibilités commerciales afin d'améliorer la compétitivité des avocats français et de renforcer leur présence au sein de l'entreprise.

Une étude d'ordre historique a d'abord montré que le régime des incompatibilités d'exercice était à l'origine justifié par des considérations de **noblesse personnelle**, ce qui explique la prohibition du salariat et des activités commerciales. Puis, les fondements des incompatibilités ont évolué pour se cristalliser autour des **notions d'indépendance et de désintéressement**.

C'est précisément cette notion de désintéressement qui distingue l'avocat, professionnel libéral du commerçant. Loin de constituer une entrave au développement de l'activité de l'avocat, le désintéressement oblige ce dernier, à l'instar du médecin ou de l'architecte, à faire primer les intérêts de son client sur les siens.

Cette réflexion rejoint l'idée développée par Lucien KARPIK, et relayée par l'équipe du Laboratoire Economix, selon laquelle **le droit constitue un bien public profitable à tous et dont les avocats en sont les garants. La théorie de l'asymétrie d'informations** entre le client et l'avocat justifie ainsi la mise à la charge du professionnel du droit d'obligations dérogatoires aux règles traditionnelles de nature à garantir au client que l'avocat exerce son activité en toute indépendance.



Le Conseil National considère que les textes relatifs aux incompatibilités d'exercice doivent être réexaminés à la lumière de ces principes. Plutôt que d'établir ou de maintenir une « liste énumérative » de professions compatibles ou incompatibles, **il lui semble préférable de décliner les valeurs fondamentales du statut de l'avocat au premier rang desquelles figure le principe d'indépendance, et par conséquent le strict respect des règles de conflit d'intérêt.**

Dès lors, ne pourrait être envisagée que l'exercice cumulatif d'une autre profession libérale et indépendante sous réserve de cloisonner les deux activités dans un souci légitime de transparence.

Ces principes n'ont toutefois pas vocation à entraver le développement des activités secondaires qui seraient exercées par l'avocat dans le cadre du mandat donné par son client. Le Conseil National a exprimé l'idée forte selon laquelle l'activité accessoire de l'avocat dans le cadre de son mandat reste une activité de nature civile. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas démenti cette orientation.

Il appartient ainsi au Conseil National de :

- 1- proposer une réforme du régime des incompatibilités fondée sur l'interdiction d'exercice de toute autre profession, fonction ou activité de nature à porter atteinte à l'indépendance de l'avocat, au strict respect des règles du conflit d'intérêt ou au secret professionnel, ou qui l'empêcheraient d'exercer réellement sa profession d'avocat.**
- 2- définir dans le RIN les règles applicables aux conditions de cet exercice parallèle d'une autre profession ou d'une fonction étrangère au barreau pour permettre au conseil de l'Ordre dont l'avocat relève d'en assurer le contrôle.**